



Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional



Sánchez del Castillo, Vilma. Algunas referencias sobre los aportes del Doctor Rafael Illescas Ortiz al Derecho del comercio electrónico... En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1836-1849. ISBN 978-84-89315-79-2.
<http://hdl.handle.net/10016/20988>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

ALGUNAS REFERENCIAS SOBRE LOS APORTES DEL DOCTOR RAFAEL ILLESCAS ORTIZ AL DERECHO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO. A PROPÓSITO DE LA REGULACIÓN ESTATUIDA EN EL CAPÍTULO DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA DE LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

VILMA SÁNCHEZ DEL CASTILLO*

Resumen

La sujeción al cambio es una constante que caracteriza al Derecho mercantil, principalmente, al ser una normativa expuesta a trascender las fronteras nacionales y a sucumbir de manera irrefutable al fenómeno de la electrónica. Muchos han sido los juristas que se han encargado de explicar este suceso, sin embargo, entre ellos, resalta uno en particular, el profesor Rafael Illescas Ortiz, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Los esfuerzos y la astucia del doctor Illescas en esta materia, han influenciado de manera oportuna infinidad de jurisdicciones a lo largo y ancho del mundo y, hoy en día, se ven reflejados en la redacción de uno de los capítulos más trascendentes de la propuesta de Código Mercantil de España, el de la Contratación electrónica, cuyo contenido puede describirse como “la madurez de un Derecho moderno”.

Contenido

1. Introducción. – 2. *Laudatio*. – 2.1. Rafael Illescas Ortiz, el Profesor y Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid. – 2.2. Rafael Illescas Ortiz, el jurista. El derecho mercantil, un derecho vivo. – 3. Artículo. La regulación del derecho del comercio electrónico en el DUCI, España y Costa Rica. – 3.1. Los cimientos del derecho del comercio electrónico. Alguna mención al derecho uniforme. – 3.2. El derecho del comercio electrónico en la LSSICE. – 3.3. El capítulo de la contratación electrónica en la propuesta española de código mercantil. La madurez de un derecho moderno. – 3.4. El preludio de la regulación del comercio electrónico en Costa Rica. – 3.5. La injerencia del desarrollo del derecho del comercio electrónico en el mundo y su inserción en el derecho costarricense. – 4. Agradecimiento.

1. INTRODUCCIÓN

Ser parte de un evento tan importante, como lo es el cierre de una etapa trascendental en la vida alguien muy querido y respetado, que además de ser uno de los juristas más

* Doctora en Derecho Privado y de la Empresa, Universidad Carlos III de Madrid. Letrada de la Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

reconocidos en el mundo, es amigo, resulta un verdadero honor. Agradezco al Comité Organizador conformado, entre otros, por la Catedrática Pilar Perales Viscasillas, por tomarme en cuenta en este proyecto.

Les comento que cuando se me pidió participar en esta publicación, me dieron la opción de elegir entre escribir una *Laudatio* en reconocimiento a la labor desplegada por Rafael Illescas Ortiz, o bien, formular un artículo relacionado con la nueva regulación mercantil estatuida a raíz de las reformas propugnadas en España.

Pese a la sencillez de la labor conferida, escoger entre esas dos opciones para mí, representó una faena titánica, por lo que, al final decidí arrogarme la tarea de abordar ambas alternativas.

Habiendo dicho esto, al leer el presente texto, se percatarán de una suerte de mezcolanza entre unas humildes muestras de aprecio y estima para el Catedrático Illescas Ortiz y, un artículo de opinión, donde me decantaré por efectuar algunos comentarios relacionados con la incorporación de un capítulo de contratación electrónica en la normativa mercantil española, para finalizar compartiéndoles acerca de la situación que al respecto, acontece en mi país, Costa Rica, en materia de comercio electrónico.

La causa de mi indecisión fue muy sencilla. Con la reunión de ambas alternativas pretendo -y confío poder hacerlo-, exaltar de manera tangible la labor docente y jurídica del homenajeado, contándoles cómo el trabajo de esta singular persona ha calado en la vida de otros y, también, cómo sus esfuerzos y su erudición están hoy inmersos en la política legislativa y en la literatura jurídica de muchos países del mundo, incluido, por supuesto, el mío.

2. LAUDATIO

2.1. Rafael Illescas Ortiz, el Profesor y Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid

En las líneas que siguen les contaré la forma en que coincidí por primera vez con don Rafael Illescas. Ahora bien, antes de sumergirme en este estadio, es oportuno aclarar que aunque hago referencia a mi experiencia y a la labor que desplegué durante y después de mis estudios doctorales en la Universidad Carlos III de Madrid, lo que menos deseo es gozar de un papel preponderante en este apartado, ya que, mi cometido es revelar algunos de los muchos créditos alcanzados por el profesor Illescas, quien, con su bagaje y vocación de maestro, ha influido en muchos de nosotros, sus estudiantes y colegas. En mi caso, debo decir que sus enseñanzas cambiaron el rumbo de mi carrera y de mi vida.

Conocí a Rafael Illescas hace ya algunos años, cuando como recién graduada creí que lo más acertado para mi carrera y futuro profesional, era ampliar los conocimientos territoriales adquiridos cuando cursé la carrera de Derecho en la Universidad de Costa Rica.

Confieso que, en una guisa de predicción, antes de emprender este largo y provechoso viaje, decidí acceder a la página web de mi querida Universidad, la Carlos III de Madrid, para conocer un poco más acerca de las materias y docentes con los que departiría los siguientes años.

No recuerdo cómo, pero en una de esas búsquedas, vislumbré una de las materias optativas que conformaban el plan de estudios del entonces Doctorado en Derecho: Programa General, en que me había inscrito. Allí apareció la asignatura de Derecho de la Contratación Electrónica, impartida por un señor de nombre “Rafael Illescas Ortiz”.

Lo curioso es que hace diez años, en Costa Rica, aún no se hablaba con profundidad de semejante disciplina, ni siquiera se hacía hasta hace unos pocos años atrás. De ahí que, la intriga que me causó ese curso se acrecentó cuando en las aulas apareció un carismático y agradable profesor, quien con su presencia también infundía respeto y, tal vez, hasta un poco de “susto”.

Luego de su primera clase, ese “susto”, cambió por una profunda admiración hacia don Rafael y por una necesidad por conocer más de lo que luego me percaté era un intrincado mundo apenas en desarrollo, el que regiría la ordenación del comercio electrónico.

Al finalizar el primer año del postgrado y, consecuentemente, el ciclo presencial del programa de Doctorado en Derecho Privado y de la Empresa elegido, decidí dirigir algunos de los trabajos de investigación y la tesina, al ámbito del comercio electrónico.

En ese momento primigenio, tuve la ventura de contar con la dirección del profesor Illescas Ortiz, cuyos acertados consejos y guía, me permitieron culminar con fortuna la tesina y dedicarme a la redacción de la tesis doctoral, cuya idea rondaría de nuevo a la contratación electrónica, pero esta vez, en su fase precontractual, con el tema de las Comunicaciones Comerciales Electrónicas, investigación, nuevamente, guiada por el doctor Illescas, en forma conjunta con la profesora Isabel Ramos.

De esta manera y, con un amplio conocimiento del Derecho Uniforme, el Comunitario y el español, en materia de comercio electrónico, regresé a mi país y hoy puedo decir con satisfacción que gracias a la tutela de un mentor, como lo fue y lo es don Rafael, he logrado escribir varios libros y artículos en esta materia, completando en cierta forma la normalización y doctrina costarricense existente en ese ámbito.

De lo dicho, puedo concluir algo muy simple.

Como yo, en el mundo, deben existir varios –en realidad, creo que muchos– estudiantes que se han encargado de difuminar esa semilla de conocimiento propagada por un ilustre y carismático maestro, Rafael Illescas Ortiz, en donde la labor uniformadora desplegada y trabajada por las Agencias Formuladoras del DUCI, como la CNUDMI/UNCITRAL, han visto su complemento en las aulas de la magnífica Universidad que es la Carlos III de Madrid.

Por todo lo comentado puedo afirmar, con satisfacción, por haber sido una de las tantas personas privilegiadas en haber coincidido en las aulas con nuestro querido profesor, que el legado de Rafael Illescas ha trascendido y seguirá trascendiendo las fronteras españolas y europeas, asentándose en recónditos y alejados países y ordenamientos, como en este caso, lo ha sido mi país, Costa Rica.

2.2. Rafael Illescas Ortiz, el jurista. El Derecho mercantil, un Derecho vivo

El Derecho en general y, en particular, una de sus ramas, la mercantil, desde tiempos inmemoriales, se han caracterizado por su proclividad al cambio. Las variaciones y modificaciones acaecidas se han hecho tangibles en la práctica y, las más de las veces, se han acogido en doctrina. Sin embargo, en gran medida algunos ordenamientos jurídicos permanecen aletargados e indefensos ante tales oscilaciones.

Como es sabido, el Derecho mercantil repunta en dinamicidad ante otras disciplinas, pues, no solo se ve invadido por la evolución negocial producida por las prácticas comerciales, sino que, por su naturaleza, debe trascender las fronteras nacionales, sumando la nota de la internacionalidad a sus propósitos y objetivos.

A esta suerte de situaciones, se debe agregar que el influjo de la electrónica, ha introducido variables antes impensadas, obligando a los operadores legales a prestar una especial atención a este ámbito, mayor aún que la demandada por otras materias. De ahí que, sea indispensable adecuar las ordenaciones legales a los requerimientos que el comercio vaya presentando, acorde con su evolución.

Pero semejante denuedo no es sencillo, lo que hace que muchas ordenaciones se conformen con ajustar sutilmente sus reglas a las nuevas prescripciones o, como acontece normalmente, prevean sendos ajustes a través de la jurisprudencia.

Un esfuerzo tan insulso, en mi criterio, no resulta suficiente y, constantemente, es vano, dado que, en lugar de marcar una evolución legal que marche de la mano con las exigencias de la práctica mercantil moderna, puede más bien entorpecerla e, incluso, limitarla o detenerla cuando el conservadurismo, el temor al cambio y el apego judicial a las prescripciones contenidas en los códigos decimonónicos, prime sobre el adelanto. Lastimosamente, este conservadurismo, indefectiblemente, se mostrará más artero cuando un compañero inseparable de la realidad, la electrónica, se cuele en esos abigarrados cimientos legales.

Si bien no soy asidua defensora del exceso de regulación, ya que supongo, podría llegar a frustrar en algún modo el libre desenvolvimiento de las personas, la sociedad y el mercado, sí considero indispensable incorporar en leyes, cuando no en alguna ordenación de rango inferior a éstas o por la vía de la autorregulación, reglas que clarifiquen y provean de seguridad y certeza jurídica la actuación de las personas y del mercado.

Por eso, el esfuerzo desplegado en España por remozar las normas férreas que en algún momento y desde hace más de un centenar de años, acompañaron y guiaron a sus destinatarios, usuarios y operadores legales en el ámbito mercantil, es muy loable.

Dicho esto, no creo ni siquiera equivocarme al pensar y, por eso lo digo de manera expresa, que este extenso, completo y bien pensado texto normativo, influenciará de manera positiva muchos ordenamientos, sirviendo de base y guía en la redacción de otros textos sustitutivos en materia mercantil en Latinoamérica.

Dominio inteligente y acertado de las materias tratadas; utilización de un lenguaje claro, acorde con las exigencias más actuales del comercio; atracción de foros

que otrora se apartaban del cobijo de la más importante regulación comercial, el Código Mercantil; incorporación de las más novedosas formas contractuales que hoy en día prevalecen; claridad en la redacción, y; sintetización de las normas y obligaciones, asegurando la homogenización de la regulación. Los mencionados son algunos de los rasgos que, creo, caracterizan y dan vida a la flamante propuesta de Código.

Pero una labor como la mencionada supra, solo pudo haber sido lograda por tan excelentísima reunión de reconocidos y respetados maestros del Derecho mercantil.

Es en este punto donde quiero exaltar la labor de uno de ellos, nuestro homenajeado, Rafael Illescas Ortiz, el jurista, quien con remangada perseverancia y latente perspicacia, desde hace muchísimos años, ha influido en la inteligente y oportuna incorporación de la electrónica en el Derecho y en la doctrina que lo complementa. Y es que si se practica una lectura minuciosa del texto que conforma la propuesta de legislación mercantil española, la palabra “electrónica(o)” se repite a la saciedad. ¿Por qué? Pues, simplemente, porque las tecnologías de la información han invadido de modo generalizado nuestra vida cotidiana, nuestra forma de ser, de pensar, de comportarnos, de expresarnos y, claro está, de negociar.

Por eso, gracias a visionarios como don Rafael, que se anticiparon a tan grandes vicisitudes y brillantemente guiaron y crearon la doctrina y las ordenaciones que deberían regir primariamente la revolución creada por el influjo de las tecnologías de la información en nuestro sistema, es que hoy día, con tanta seguridad y tino, es posible incorporar al mundo jurídico un texto tan ambicioso, como el conseguido con la redacción de este proyecto de Código y del Capítulo destinado a reglar a la contratación electrónica.

Ante lo expuesto, creo que España contará con una normativa envidiable en materia mercantil, regulación que, además, gracias al aporte del profesor Illescas Ortiz, ha sido respetuosa de las prescripciones y máximas sentadas en el DUCI, lo que sin duda alguna facilitará su justa inserción en los designios de la realidad internacional.

3. ARTÍCULO. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL DUCI, ESPAÑA Y COSTA RICA

3.1. Los cimientos del Derecho del comercio electrónico. Alguna mención al Derecho Uniforme

No es de extrañar que los efectos de la globalización y la convergencia, sumados a las indulgencias prodigadas por las tecnologías de la información, hayan confluído en un espectro que durante muchos años motivó a las agencias formuladoras del Derecho internacional, así como, a algunos Estados y organizaciones supranacionales, a modificar, renovar y acoplar el espectro normativo que circundaba a las operaciones efectuadas a través de espacios tradicionales, al ámbito de la electrónica.

Sin embargo, una tarea de tal envergadura no ha sido fácil, principalmente, porque la electrónica no discrimina y ha logrado envolver en su seno disciplinas con enfoques milenarios tan dispares y tan abigarrados en su estructura y concepción, como

lo pueden ser: el Derecho internacional, el Derecho constitucional, el Derecho penal, el Derecho privado y, el Derecho público, por mencionar sólo algunos. En fin, su enjundia no conoce límites, ni los conocerá.

Por eso, no fue extraño que en el pasado se levantara infinidad de voces expertas tratando de adivinar la mejor manera de hacer frente al desconocido y misterioso desenvolvimiento que tendría la tecnología, en el futuro.

Al inicio, la preocupación de muchos circundó en torno a varias teorías que pretendían vaticinar cómo regular -o desregular- a uno de los hijos pródigos de la convergencia y de la sociedad de la información, Internet. Fue de esa manera como algunos alzaron la voz defendiendo la esencia libre de la red de redes y, por ende, lo innecesario de su regulación. Otros, adujeron que debían implementarse controles severos a este respecto, por medio de la implementación de un sistema normativo que controlara las actividades a desplegar por intermedio de ese oscuro sistema de información. Finalmente, la teoría intermedia, apostillaba dejar algunos rubros al libre arbitrio de las autopistas de la información, sentando máximas generales que permitieran introducir una nota de seguridad a los usuarios de esta nueva plataforma.

De otra parte, aparecían dudas sobre la regulación en el espacio internacional de un medio tan complejo, caracterizado por su propensión para trascender sin esfuerzo alguno, las fronteras nacionales. En este punto, la doctrina especuló que, tal vez, con la creación de un sistema jurídico supranacional se podría regular a la red de redes.

En todo caso, como suele suceder, fueron las empresas transnacionales las que se percataron con más tino de las bondades de la electrónica en el área comercial. A esos efectos, la revolución que vino aparejada alrededor de esa histeria colectiva, conllevó a que las miradas curiosas de ciertos Estados, así como, organizaciones de corte internacional, como la CNUDMI/UNCITRAL, iniciaran su labor de codificación. Al lado de estas iniciativas, la Unión Europea procedió a generar gran cantidad de documentos por medio de los cuales trató de explicar el fenómeno que se avecinaba con el embate de la tecnología en la vida cotidiana, preparando a sus Estados miembros ante tal suerte de novedades y, a la vez, estableciendo una serie de conceptos y formulaciones, que hasta el día de hoy perduran.

Ante lo dicho, debe resaltarse que a mediados de los años noventa entró en escena uno de los más importantes instrumentos que el DUCI ha generado a la fecha en esta disciplina, la Ley Modelo de Comercio Electrónico de CNUDMI/UNCITRAL –de la cual el profesor Illescas fue su relator-, norma marco que vino a instaurar las pautas delimitadoras que disciplinarían lo que hoy se concibe como el “Derecho del comercio electrónico”.

Sus principios, sean, la equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales, la inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos, la neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del comercio electrónico, la muy buena fe y, la libertad de pacto, deben ser considerados como el mínimo común denominador de esta rama, al ser las “(...) *líneas maestras a través de las cuales su disciplina –convencional, judicial y legal- ha de ser establecida* (...)”¹.

¹ ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Derecho de la Contratación Electrónica*, 2nd ed., Civitas, Madrid, 2009, p.

Dichas máximas al tener la condición de universales, deberían ser introducidas a todo ordenamiento jurídico que pretenda forjar los cimientos del comercio electrónico.

Como buen complemento a las pautas arriba enmarcadas, la Ley Modelo también se adelantó a esgrimir los elementos objetivos y subjetivos del comercio electrónico, a saber: el mensaje de datos –o como se le prefiere llamar hoy en día, comunicación electrónica²–, el EDI, la firma electrónica, los sistemas de información y, la Internet. Del lado de los intervinientes del comercio electrónico, fueron acuñadas tres figuras: el iniciador, el destinatario y los intermediarios.

La simpleza y atemporalidad de tales elucubraciones, entiéndase de los principios y elementos expuestos, es digna de alabanza y, por ende, un factor que debe resaltarse en los tiempos que corren, ya que, nadie podrá negar que pese a las inclemencias que el tema de la electrónica inserta en nuestro diario vivir, las disposiciones del DUCI perviven y siguen rigiendo en el mundo moderno, pese a haber transcurrido casi veinte años desde su emisión. Tal cualidad no puede más que demostrar la calidad de su invención.

Al lado de la parte normativa señalada, el jurista Rafael Illescas, procedió a dar contenido y a enmarcar el objeto de la Ley Modelo de Comercio Electrónico según el DUCI, en el plano doctrinal, en lo que en mi criterio, ha sido una de las obras más importantes que la literatura jurídica mundial ha producido a la fecha. En este punto en particular, aparte de la amplia gama de publicaciones del profesor Illescas, resalta la monografía de nombre “Derecho de la Contratación Electrónica”.

Siguiendo la misma línea de la Ley Modelo de Comercio Electrónico, unos pocos años más tarde, surgió la Ley Modelo de Firma Electrónica, igualmente, propugnada por la CNUDMI/UNCITRAL. Entramado legal que floreció a partir del desmesurado crecimiento numérico de usuarios que comenzó a mostrar Internet y, se instauró con el firme propósito de brindar seguridad a las comunicaciones, transacciones y a los actos que de una u otra forma, transitaran a través de las infovías de la información³.

Sustentados en los esfuerzos codificadores supra mencionados, comenzaron a aparecer normas que aunque en ocasiones se apartaron un poco de la técnica jurídica sugerida por la CNUDMI/UNCITRAL -sobre todo a nivel terminológico-, completaron sus apreciaciones, expandiendo su nomenclatura e incluyendo en su seno otra suerte de atributos del comercio electrónico. Esto fue así, principalmente, porque de manera concomitante al desarrollo la sociedad de la información, entraron en escena inéditos servicios e intervinientes, que plantearon la necesidad de esgrimir nuevos tipos de

35.

² Al respecto, se puede consultar la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

³ Recientemente, en el seno de la Unión Europea, se dictó el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior por el que se deroga la Directiva 1999/93 CE. De la lectura de este documento, se constata que el legislador comunitario, no solo acopló las pautas consignadas desde principios del año 2000 a las firmas electrónicas en la ya derogada Directiva sobre Firma Electrónica, a las exigencias de un mercado más amplio, sino que, además, se mantuvo fiel a la técnica jurídica propugnada en la Ley Modelo de Firma Electrónica de la CNUDMI/UNCITRAL.

obligaciones y responsabilidades, dependiendo de los roles a desplegar por cada uno de ellos.

Sobre ese particular, en el año 2000, se dictó la Directiva 2000/31, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, la cual, vino a instituir las bases mínimas que los países comunitarios debían seguir al momento de transponer a sus ordenaciones esa creciente, flamante y animosa, rama del Derecho.

De esa forma en el año 2002, surgió en España la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico -LSSICE-.

3.2. El Derecho del comercio electrónico en la LSSICE

A partir de la implementación en España de una normativa marco en materia de comercio electrónico, fueron incorporados los parámetros bajo los cuales deberían desenvolverse los servicios de la sociedad de la información en ese medio, situación zanjada en el artículo primero de la LSSICE, que estatuyó lo siguiente: “(...) 1. *Es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (...)*”.

Como se puede apreciar, la iniciativa española tuvo su nacimiento en la consigna de la Unión Europea, en específico, en la Directiva 2000/31 arriba mencionada. Sin embargo, aunque España fue uno de los países europeos que al incorporar las directrices comunitarias a su ordenación, se decantó acertadamente por asentar una suerte de nociones adicionales al texto comunitario, también, se apartó un poco de la técnica predicada por el DUCI.

En suma, se echan de menos en esa normativa nociones relativas al momento de emisión y llegada de las comunicaciones electrónicas -o al menos del mensaje de datos-; de cuándo se estima que un documento adquiere la condición de original; o bien, a quién se atribuye la emisión de un mensaje de datos. Pautas, las mencionadas, cruciales para el buen desenvolvimiento de la electrónica en el Derecho.

Aunado a lo anterior, el tema del confusionismo terminológico y, la falta de consignación y definición de nomenclatura de corte internacional para la contratación electrónica, fue otro de sus yerros. Y es que, nunca fueron incorporados a su texto nociones atinentes al mensaje de datos o a la comunicación electrónica -como mensaje de datos-; al iniciador, destinatario e intermediario del mensaje de datos; a los sistemas de información; ni al documento electrónico. Omisiones que a la postre provocaron falta de seguridad jurídica.

No obstante el criterio personal externado supra, debo decir que siempre admiré el empuje del legislador español en este campo, pues, con bastante tino en su redacción, se mostró visionario, cauteloso y protector de los derechos de los consumidores en el plano negocial y prenegocial, consagrándose como uno de los primeros países en el mundo en ostentar un norma marco de semejante calibre. Trabajo que sin duda, no fue sencillo, tomando en cuenta lo incipiente del comercio electrónico de aquellos años.

Otro aspecto importante a resaltar fue que con el paso del tiempo, la realidad y la práctica, mostraron la necesidad de reformar y aclarar ciertas pautas de las estatuidas en la primigenia redacción de la LSSICE, situación en la que el legislador español exhibió apertura, plasmando en dicha ordenación reiteradas modificaciones. A fin de cuentas, creo que lo esencial es que, tanto la ordenación europea como la española, se decantaron, sin miedo y con un gran fundamento teórico-práctico, en incorporar en sus ordenaciones una norma marco en materia de comercio electrónico.

Y es que, aún hoy en día, muchos países alrededor del mundo se muestran aletargados en la incorporación de normativa como la mencionada, propia del Derecho mercantil moderno. Estimo, en consecuencia que independiente de la situación política, económica, demográfica o cultural de un país, sus legisladores y juristas deben arriesgarse por la incorporación y dictado de reglas acordes con las demandas del mercado moderno, sabiendo que en cualquier momento esa base, puede variar.

Así lo proyectó Rafael Illescas Ortiz hace ya muchos años, cuando dijo que “(...) *Los riesgos que para la norma implica la innovación incesante no deben paralizar ni a las agencias formuladoras ni a las legislaturas estatales: la experiencia prueba que tiempo hay, siempre, de reformar, actualizar o modificar tanto incidental como profundamente normas que por una u otra razón dejan de adecuarse a las circunstancias de tiempo y lugar. En materia comercial principalmente electrónica, además, dicha adaptación puede llevarse a cabo por vía contractual o jurisprudencial habida cuenta de la regla de analogía y de los principios de equivalencia funcional y buena fe (...)*”.

3.3. El Capítulo de la Contratación electrónica en la propuesta española de Código Mercantil. La madurez de un Derecho moderno

(...) El Capítulo I de este Título regula la contratación electrónica. Las normas que en él se contienen no son absolutamente nuevas, sino que en parte son el resultado de la recopilación, mejora y puesta al día de disposiciones que se encontraban dispersas en el ordenamiento español. En este Capítulo se ponen en práctica, aunque no los consagre expresamente, los grandes principios de la contratación electrónica, esto es, la equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica, la inalteración del derecho preexistente, la libertad de pacto y la buena fe. Al mismo tiempo, es absolutamente respetuoso con el escaso contenido de las Directivas europeas en la materia, de igual modo, se ha inspirado en las muy difundidas Leyes

*Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre contratación y firmas electrónicas de 1.996 y 2001 respectivamente (...)*⁴.

Como preludio de la regulación de la contratación electrónica en España, sin duda alguna, siempre tendremos a la LSSICE, norma marco que definió la política legislativa española del Derecho del comercio electrónico.

Ahora, admito que como estudiosa del Derecho, al revisar el Título II de la propuesta de Código Mercantil, lo primero que me vino a la mente fue que el Derecho de la contratación electrónica maduró y, por fin, brindó la importancia que merece a las reglas del DUCI. Bajo esa rúbrica, de aprobarse el Código con su redacción actual, el ordenamiento jurídico español zanjará en gran parte algunas de las inseguridades que hasta el día de hoy permean a los operadores legales y destinatarios del entramado que da base a la LSSICE.

Dentro de los grandes logros alcanzados con la flamante redacción, resalta la incorporación de nociones como la de “electronificación”. Su incursión en la semántica jurídica viene a enriquecer la jerga legal existente y, además, populariza y sintetiza en una voz, el alcance de la validez y eficacia de las comunicaciones electrónicas. De ahora en adelante, su sola mención, conllevará a que “(...) *toda declaración o acto referido a la formación, perfección, administración, cumplimiento y extinción de los contratos mercantiles, pueda efectuarse mediante una comunicación electrónica entre las partes y entre éstas y terceros, eso sí, salvo disposición expresa legal en contrario*”.

Otro suceso, fue la consignación y consecuente aclaración del momento de emisión y llegada de una comunicación electrónica, ello, al mejor estilo de las reglas del DUCI. Con esta redacción, finalmente, el operador legal sabrá con certeza que toda comunicación electrónica se tendrá por emitida en el momento en que salga de un sistema de información que se encuentre en la esfera de control de su emisor o de quien la envió en nombre de éste. Asimismo, sabrá que la llegada de una comunicación electrónica a su destinatario se tendrá por efectuada en el momento en que acceda al sistema de información designado.

En el marco de la contratación automatizada, en plena concordancia con el desarrollo doctrinal previamente acometido por Rafael Illescas, el proyecto en estudio, acertada y lúcidamente, dejó de manifiesto que “*Los contratos pactados a través del uso de sistemas electrónicos automatizados gozan de plena validez y eficacia. Los derechos y obligaciones derivados de dichos contratos serán atribuidos directamente a la persona en cuya esfera de control se encuentra el sistema automatizado*”.

De otra parte, en temas más puntuales, las reglas proyectadas buscaron atraer de manera expresa –la práctica ya lo admitía– al fuero del Derecho español, especificaciones sentadas en el texto convencional sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, al esgrimir que “*La propuesta de celebrar un contrato efectuado por medio de comunicación electrónica dirigida a una o varias personas indeterminadas o solo accesible por quienes utilicen un sistema de información se considerará una invitación a hacer una oferta de contrato. Idéntica consideración tendrá toda propuesta*

⁴ Propuesta de Código Mercantil.

que haga uso de específicas aplicaciones interactivas destinadas facilitar la realización de pedidos comerciales a través de dichas aplicaciones”.

Incluso, la incorporación de tópicos desarrollados e incorporados en normativas especiales, suscita también un comentario. Dentro de esta pléyade de asuntos resaltan: la mención al documento y a la firma electrónica; las consideraciones en torno a las condiciones generales de la contratación; la factura electrónica; el cumplimiento y liquidación electrónicos, y; la cesión de derechos. Lo trascendente de esta acción, no se limita a la conjunción de extremos regulados de manera específica y, digamos, detallada, en leyes especiales, sino que esos rubros se han caracterizado por ser “víctimas” directas del proceso de la electrónica.

Por ejemplo, pese a que las condiciones generales de la contratación tienen su propio ámbito de normalización, cuando se trata del despliegue de una contratación por vía electrónica, hay especiales disposiciones a tomar en cuenta. En este punto, el discurso proyectado en la propuesta mercantil, en un párrafo muy simple y llano, absorbe las reglas dispersas y prácticamente creadas para las relaciones contractuales suscitadas en entornos B2C y las amplía a los negocios B2B, coincidiendo inteligentemente en que, en las negociaciones entre empresarios *“La comunicación electrónica dirigida a la perfección de un contrato que pretenda comprender condiciones generales habrá de incluirlas en toda su extensión, incorporarlas mediante referencia a su acceso electrónico o efectuar su mera remisión en caso de condiciones ampliamente conocidas y regularmente observadas en el tráfico considerado. En estos dos últimos supuestos las condiciones generales permanecerán accesibles a las partes quienes podrán recuperarlas en todo momento durante la vigencia del contrato”.*

Como podrá observar el lector, decidí -a propósito- transcribir algunos de los ordinales del Capítulo I, por una simple razón. No quise contaminar con mis propias palabras su redacción. Y esto, porque muchas veces es difícil en nuestro gremio tener acceso a normas redactadas con una maestría tal, que contemplen la realidad, unifiquen el ordenamiento jurídico que ya existe y, brinden un baño de certeza y seguridad a la labor del operador legal.

No me resta a estas alturas otra cosa que felicitar al responsable de tal resultado, Rafael Illescas Ortiz.

3.4. El preludeo de la regulación del comercio electrónico en Costa Rica

Como lo he comentado a lo largo de este ensayo en una o dos ocasiones, muchas jurisdicciones permanecen renuentes en la implementación de modificaciones drásticas a sus órdenes legales.

Tal es el caso de Costa Rica, país en el que, pese a que se ha procedido al dictado de diversa normativa que de alguna forma roza, convive o pertenece al ámbito de la electrónica, se ha descuidado, precisamente, la regulación del Derecho privado en esta área. Al día de hoy, debo decir que no contamos con una norma marco en materia de comercio electrónico y, tampoco, se han reformado los Códigos Civil y de Comercio.

Muy parecido a lo que acontece en España, nuestro Código Civil entró en vigencia en 1888, mientras que el de Comercio es de 1964. Lastimosamente, en esos

ámbitos la contratación entre ausentes goza de normas que hoy en día se encuentran desfasadas y obsoletas, electrónicamente hablando.

Debo reconocer que muchas reglas ya han sido derogadas o modificadas con el paso de los años, pero, al día de hoy, ninguna de ellas se ha amoldado a nivel legal, a las incidencias que las tecnologías de la información han incorporado al área contractual.

Sin embargo, con la entrada del nuevo milenio lo que sí hizo el legislador costarricense, fue proceder al dictado de preceptos encargados de normar a las firmas electrónicas y a las telecomunicaciones, con lo cual, fueron incorporados al orden costarricense una versión muy nuestra, de los principios del Derecho del comercio electrónico.

Surge en primera instancia, la reforma a la Ley General de Aduanas, la cual, sentó por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la validez y eficacia de los documentos rubricados electrónicamente, al afirmar que los funcionarios, auxiliares de la función pública aduanera y los usuarios en general, serían responsables del uso del código de usuario y de la firma electrónica asignada, así como, de los actos que se deriven de su utilización, por cuanto, para todos los efectos legales esa forma especial y novedosa de rúbrica equivale a su firma autógrafa. Con esta reforma, el legislador costarricense reconoció expresamente la no discriminación, no repudio y la equivalencia funcional de las firmas electrónicas, contenidas en un mensaje de datos.

Un poco después, fue aprobada la Ley No. 8454, de 30 de agosto de 2005, de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, en la que se hizo un reconocimiento expreso al principio de equivalencia funcional, en su artículo 3. En ese sentido, dicha norma apuntó a que cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendría por jurídicamente equivalente, a los instrumentos que se otorguen, residan o transmitan, por medios físicos.

Más adelante, en el ordinal 8, esa Ley crea el término de “valor equivalente” y, le da el siguiente contenido “(...) *Los documentos y las comunicaciones suscritos mediante firma digital, tendrán el mismo valor y la eficacia probatoria de su equivalente firmado en manuscrito. En cualquier norma jurídica que se exija la presencia de una firma, se reconocerá de igual manera tanto la digital como la manuscrita. Los documentos públicos electrónicos deberán llevar la firma digital certificada (...)*”.

En materia de principios, sin respetar a cabalidad el DUCI, el numeral segundo estatuyó los siguientes: la implementación, interpretación y aplicación de esta Ley, deberá acatar la regulación mínima y desregulación de trámites; la autonomía de la voluntad de los particulares para reglar sus relaciones; la utilización, con las limitaciones legales, de reglamentos autónomos emitidos por la Administración Pública para desarrollar la organización y el servicio, interno o externo, y; la igualdad de tratamiento para las tecnologías de generación, proceso o almacenamiento involucradas.

En 2008, surge a la vida jurídica otro texto importante para nuestra ordenación, la Ley No. 8462, de 14 de mayo de 2008, General de Telecomunicaciones. Allí, se definió al principio de neutralidad tecnológica, como la posibilidad que tienen los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, de escoger las

tecnologías por utilizar, siempre que éstas dispongan de estándares comunes y garantizados, cumplan con los requerimientos necesarios para satisfacer las metas y los objetivos de política sectorial y, garanticen en forma adecuada, las condiciones de calidad y precio a que hace mención esa Ley.

Como pueden ver, gracias al reconocimiento expreso del principio de equivalencia funcional en mi entorno, es posible y factible el desarrollo del comercio electrónico, sin embargo, en la práctica, aún, existen blancos legales en lo concerniente a la protección al consumidor, la contratación electrónica como tal y, la responsabilidad de los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información.

3.5. La inserción en el Derecho costarricense del Derecho del comercio electrónico

Pese a que Costa Rica ha dado mucho énfasis a extremos relacionados con la electrónica, como lo son el *E-government*, el expediente electrónico y, hasta la implementación de una plataforma para compras públicas, el Derecho privado ha sufrido un rezago y aún no ha incorporado a la electrónica en sus cimientos –legales y doctrinales–.

En atención a esto, desde hace varios años vengo publicando algunos libros y artículos de revista, cuyo objetivo fue introducir las nociones que aprendí en mis años de estudio en la Carlos III, en los cursos y bajo las enseñanzas de don Rafael, sobre el Derecho del comercio electrónico. Esta labor también ha sido asumida por nuestro homenajeado, quien en los años 2013 y 2014, además de haber impartido sendas lecciones en materia de Derecho de la contratación electrónica y DUCI, en importantes congresos internacionales llevados a cabo en mi país, publicó una obra titulada “Derecho del Comercio Internacional y de la Contratación Electrónica”, monografía que, indudablemente, vino a completar y a dar un brillo de sabiduría, a la literatura jurídica costarricense.

Finalmente, decir que el profesor Illescas apoyó un Proyecto de Ley sobre Servicios de la Sociedad de la Información -Ley de Comercio Electrónico-, que preparé para mi país y, en cuya implementación, utilicé como base lo aprendido el postgrado, conocimientos que conjunté con la política legislativa ya instaurada en la ordenación costarricense. Este proyecto se conoce, actualmente, en la Asamblea Legislativa bajo el expediente No. 19.012.

Esfuerzos como el comentado, no hubieran sido posibles sin la ayuda, el consejo y las enseñanzas de nuestro querido profesor. Ahora resta esperar y apoyar en la medida de lo posible, la implementación de esa propuesta legislativa en una Ley de la República.

4. AGRADECIMIENTO

En este punto del presente ensayo, me resta decir algo que ya he expresado en más de una ocasión personalmente.

Muchas gracias don Rafael por su mística, su vocación, su inteligencia y, por compartir ese raudal tan amplio e imponente de conocimiento y creaciones jurídicas y doctrinales, con el mundo y, en especial, con nosotros, sus colegas y alumnos.

Y algo más, muchas gracias Profesor por su amistad.